

**WYROK**  
z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie:** Beata Konik

Aleksandra Kot

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawcę **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Koleje Śląskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Newag S.A. w Nowym Sączu**, zgłaszającego przystąpienie po postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3c-3i odwołania.**
2. **Oddała odwołanie w pozostałym zakresie.**
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od wykonawcy **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** na rzecz zamawiającego **Koleje Śląskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

I. Koleje Śląskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz z wieloletnim utrzymaniem dla Kolei Śląskich sp. z o.o. do wykonywania pasażerskich przewozów kolejowych”, numer referencyjny: FFZS.27.1.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 055-162814.

W dniu 27 marca 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 13 Pzp oraz § 9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, jak również w sposób nieproporcjonalny i nadmierny, tj. Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się następującym doświadczeniem: „(...) W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, "konał należycie a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje, dostawę co najmniej dwóch sztuk fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wyposażonych w urządzenia systemu ETCS poziomu 2, wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI lub zezwoleniem na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł (słownie: dwadzieścia milionów złotych 00/100) brutto każdy. ” - pkt IX.9.2 ppkt 4) SWZ oraz sekcja 111.1 . 3 Ogłoszenia o zamówieniu;

2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, art. 436 pkt 1 PZP oraz art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie, w jakim Zamawiający określił zbyt krótki, nierealny termin realizacji zamówienia:

a. Termin wykonania zamówienia podstawowego i opcjonalnego:

„8.2 Termin wykonania zamówienia:

8.2.1. Termin wykonania zamówienia podstawowego:

8.2.1.1. Dostawa EZT wraz z pakietem naprawczym, o którym mowa w załączniku nr 5 PPU:

a) pierwsze 2 szt. EZT wraz z pakietem naprawczym - nie później niż w terminie 24 miesięcy od podpisania umowy (chyba, że Wykonawca zaoferował krótszy termin),

b) pozostała 1 szt. EZT - nie później niż w terminie 25 miesięcy od podpisania umowy (chyba, że Wykonawca zaoferował krótszy termin)

8.2.2. Termin wykonania zamówienia w zakresie Prawa Opcji:

8.2.2.1. Dostawa dodatkowego/dodatkových EZT wraz ze świadczeniem Usług serwisowych dostarczonych dodatkowych sztuk EZT do zakończenia wykonania pierwszego P4 każdego z dostarczonych EZT - w terminie nie dłuższym niż 24 miesiące od dnia otrzymania przez Wykonawcę oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z Prawa Opcji (chyba, że Wykonawca zaoferował krótszy termin), jednakże nie wcześniej niż 1 miesiąc (dla pierwszego EZT zamawiającego w ramach Prawa Opcji) lub 2 miesiące (dla drugiego EZT zamawianego w ramach Prawa Opcji) po dostawie pierwszego EZT dostarczonego w ramach zamówienia podstawowego, przy czym Prawo Opcji wykonane być może przez Zamawiającego nie później niż w terminie 2 lat od dnia podpisania umowy” - pkt VIII.8.2.1 i 8.2.2 SWZ;

b. Jednocześnie termin wykonania zamówienia został sformułowany w kryteriach oceny ofert: „Zamawiający przyzna:

1) 0 pkt za wskazanie terminu dostawy EZT w ramach zamówienia przekraczającego 24 m-ce od zawarcia umowy. (...)

Wykonawca nie wskazując w Formularzu Ofertowym ilości miesięcy otrzyma liczbę punktów równą 0 (zero). W takim przypadku oferta Wykonawcy zostanie uznana jako ważna i zostanie poddana ocenie przez Zamawiającego, a Zamawiający uzna, iż Wykonawca zaproponował w ofercie termin dostawy EZT w ramach zamówienia podstawowego - 24 miesiące.

W przypadku gdy Wykonawca w przedmiotowym kryterium oceny ofert poda inne dane niż liczba miesięcy np. ilość dni i/lub ilość lat i/ lub wskaże inny okres, Zamawiający jeżeli będzie

to możliwe przeliczy podaną wartość na liczbę pełnych miesięcy (przy zastosowaniu zaokrąglenia w górę) w oparciu o przepisy Kodeksu Cywilnego. W przypadku o którym mowa powyżej jeżeli będzie to możliwe i po przeliczeniu przez Zamawiającego podanej wartości na liczbę miesięcy w oparciu o przepisy Kodeksu Cywilnego Zamawiający uzna, iż Wykonawca zaoferował termin dostawy EZT w ramach zamówienia podstawowego przekraczający 24 miesiące oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp. Jeżeli przeliczenie takie nie będzie możliwe to Zamawiający uzna, iż Wykonawca zaoferował termin dostawy EZT w ramach zamówienia podstawowego - 24 miesiące, a oferta Wykonawcy zostanie uznana za ważną i zostanie poddana ocenie przez Zamawiającego.

Wynik punktacji kryterium zostanie zaokrąglony matematycznie do 2 miejsc po przecinku.

W przypadku wskazania terminu dostawy EZT w ramach zamówienia w przedziale przekraczającym 24 miesiące oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP” pkt XVI.16.2 ppkt 3 SWZ;

c. w formularzu ofertowym w ramach Kryterium Terminu dostawy należy złożyć następującą deklarację: „Zobowiązujemy się dostarczyć każdego EZT objętego umową FFZS.27.1.2023 w terminie ..... (słownie: .....) miesięcy od dnia zawarcia umowy”

3. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, w zakresie w jakim:

a. Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia obejmował dostawę czteroczęściowych elektrycznych zespołów trakcyjnych - pkt 1.1 . 1 SWZ, pkt 2 ppkt 2.1 poz. 2 tabeli OPZ;

b. Zamawiający oczekuje następującego układu drzwi EZT: „Osiem drzwi na stronę w układzie 2-2-2-2” jest to wymaganie związane z pojazdem czteroczęściowym - pkt 2 ppkt 2.1 poz. 14 tabeli OPZ;

c. Zamawiający sformułował parametr prędkości konstrukcyjnej EZT 2176km/h - pkt 2 ppkt 2.1 poz. 9 tabeli OPZ;

d. wskazano następujący parametr nacisku na osi na tor - s180kN - pkt 2 ppkt 2.1 poz. 19 tabeli OPZ;

e. Zamawiający wymaga spełniania następującego parametru: „Wymagane drzwi wejściowe z zewnątrz do kabiny maszynisty (obustronnie) zgodnie z TSI LOC&PAS pkt 4.2.9.1.2.1 lub równoważone” - pkt 2 ppkt 2.7 poz. 5 pkt 1 tabeli OPZ;

f. System hamulca musi być oparty o komponenty jednego producenta - pkt

2 ppkt 2.4 poz. 1 pkt 2 tabeli OPZ;

g. Zamawiający wymaga następującej dokumentacji dostarczanej wraz z EZT: „Dokumentacja konstrukcyjna sprzęgu sterowania wielokrotnego w części elektrycznej dotycząca układu sygnałów logicznych umożliwiających sterowanie EZT w trakcji wielokrotnej. Dokumentacja winna zawierać szczegółowy opis wszystkich złączy elektrycznych znajdujących się na sprzęgu (opis pinów wraz ze wskazaniem numerów przewodów zgodnie ze schematami elektrycznymi EZT oraz opis ich znaczenia funkcjonalnego. Opis protokołów komunikacyjnych dla sieci Ethernet, CAN, itp. wykorzystywanych do komunikacji między EZT w sterowaniu wielokrotnym. Wraz z dokumentacją Wykonawca udziela prawa do jej wykorzystania przez Zamawiającego podczas kolejnych zakupów bądź modernizacji elektrycznych zespołów trakcyjnych. Dokumentacja ta będzie wykorzystana w celu uzyskania pełnej kompatybilności w sterowaniu wielokrotnym przy połączeniu dostarczonych EZT z EZT, które planuje zakupić Zamawiający w późniejszym terminie bądź modernizacjami obecnego taboru Zamawiającego w późniejszym terminie. Powyższa dokumentacja musi mieć charakter powszechny i nie może być oznakowana jako tajemnica przedsiębiorstwa.” - poz. 7 tabeli Załącznika nr 2 do umowy;

h. Zamawiający sformułował następujące zastrzeżenie: „Zastrzeżenie: W przypadku zmiany zakresu zawartości dokumentacji technicznej EZT, wynikającej ze zmiany aktów prawnych, po podpisaniu umowy, a przed dostawą pierwszego EZT każdego typu Wykonawca zobowiązany jest dostosować jej zawartość do nowych, obowiązujących przepisów. Dokumentacja techniczna, o której mowa w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (tj. z dnia 27 stycznia 2016 r.: Dz.U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.), a dostarczana wraz z EZT musi mieć charakter powszechny i nie może być oznakowana jako tajemnica przedsiębiorstwa” - Zastrzeżenie pod tabelą z Załącznika nr 2 do umowy;

i. Zamawiający wskazał, że „Wszystkie zastosowane do produkcji EZT Części (zespoły, podzespoły i elementy) muszą być fabrycznie nowe. Data produkcji Części nie może być starsza niż jeden rok kalendarzowy. W przypadku Części podlegających legalizacji, data legalizacji nie może być dłuższa niż 3 miesiące” - pkt 1 ppkt 1.2 OPZ.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ, Ogłoszenia o zamówieniu i wzoru umowy poprzez:

l. zmianę pkt ppkt 4) SWZ oraz sekcja 111. 1 .3 Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

„W okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje, dostawę:

- co najmniej dwóch sztuk fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wyposażonych w urządzenia systemu ETCS poziomu 2, wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI lub zezwoleniem na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu, o łącznej wartości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł (słownie: dwadzieścia milionów złotych 00/ 100) brutto lub

- zmodernizowanych w rozumieniu art. 4 pkt 43 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1984 z późn. zm.) co najmniej dwóch sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł (słownie: dwadzieścia milionów złotych 00/ 100) brutto.

Modernizacja powinna obejmować zmiany zasadniczych cech konstrukcyjnych pojazdu dotyczące przynajmniej 40% Punktów TSI opisanych w pierwszej kolumnie Tabeli 17a z punktu 7. 1.2.2. Załącznika do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 1302/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności odnoszącej się do podsystemu "Tabor - lokomotywy i tabor pasażerski" systemu kolei w Unii Europejskiej (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 356, str. 228 z późn. zm.), dla których wykonawca uzyskał zezwolenie na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu dla typu pojazdu w rozumieniu art. 23i ust. 1 w zw. z art. 23b i art. 23d ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym lub zezwolenie na dopuszczenie pojazdu kolejowego do eksploatacji stanowiące zezwolenie dla typu pojazdu w rozumieniu art. 23i ust. 1 w zw. z art. 23 b i 23d ust. 1 tej ustawy o treści obowiązującej do dnia 28 lipca 2021 r.

Wartość 20.000.000,00 zł brutto jest łączną wartością i dotyczy łącznie wszystkich pojazdów dostarczanych w ramach zamówienia”;

2. modyfikację terminu realizacji zamówienia w następujący sposób:

a. modyfikację pkt 8.2.1 i 8.2.2 SWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia podstawowego i opcjonalne w następujący sposób:

„8.2. 1. Termin wykonania zamówienia podstawowego:

8.2. 1.1. Dostawa EZT wraz z pakietem naprawczym, o którym mowa w załączniku nr 5 Ppu:

a) dostawa trzech sztuk EZT wraz z pakietem naprawczym - nie później niż w terminie 31 miesięcy od podpisania umowy (chyba, że Wykonawca zaoferował krótszy termin),

8.2.2. Termin wykonania zamówienia w zakresie Prawa Opcji:

8.2.2. 1. Dostawa dodatkowego/dodatkowych EZT wraz ze świadczeniem Usług Dostawa dodatkowego/dodatkowych EZT wraz ze świadczeniem Usług serwisowych dostarczonych dodatkowych sztuk EZT do zakończenia wykonania pierwszego P4 każdego z dostarczonych EZT - w terminie nie dłuższym niż 24 miesiące od dnia otrzymania przez

Wykonawcę oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z Prawa Opcji (chyba, że Wykonawca zaoferował krótszy termin dostarczenia pojazdów w ramach zamówienia podstawowego), jednakże nie wcześniej niż 2 miesiące po terminie dostaw pojazdów z zamówienia podstawowego, przy czym Prawo Opcji wykonane być może przez Zamawiającego nie później niż w terminie 2 lat od dnia podpisania umowy”;

b. Doprecyzowanie w pkt XVI. 16.2 pkt 3) SWZ oraz w formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do SWZ), że termin dostawy deklarowany w ramach kryteriów oceny ofert dotyczy wszystkich EZT;

c. Wskazanie w pkt XVI. 16.2 ppkt 3 ppkt 1 SWZ, że Zamawiający przyzna 0 pkt za wskazanie terminu dostawy wszystkich EZT w ramach zamówienia na 31 miesięcy od zawarcia umowy, pozostałe kryteria i krótsze terminy (12/18 miesięcy) punktowane w ramach kryteriów bez zmian;

d. Doprecyzowanie w pkt XVI. 16.2 pkt 3 SWZ, że „Wykonawca nie wskazując w Formularzu Ofertowym ilości miesięcy otrzyma liczbę punktów równą 0 (zero). W takim przypadku oferta Wykonawcy zostanie uznana jako ważna i zostanie poddana ocenie przez Zamawiającego, a Zamawiający uzna, iż Wykonawca zaproponował w ofercie termin dostawy EZT w ramach zamówienia podstawowego - określony w pkt 8.2.1.1 lit. SWZ.

W przypadku gdy Wykonawca w przedmiotowym kryterium oceny ofert poda inne dane niż liczba miesięcy np. ilość dni i/ lub ilość lat i/ lub wskaże inny okres, Zamawiający jeżeli będzie to możliwe przeliczy podaną wartość na liczbę pełnych miesięcy (przy zastosowaniu zaokrąglenia w górę) w oparciu o przepisy Kodeksu Cywilnego. W przypadku o którym mowa powyżej jeżeli będzie to możliwe i po przeliczeniu przez Zamawiającego podanej wartości na liczbę miesięcy w oparciu o przepisy Kodeksu Cywilnego Zamawiający uzna, iż Wykonawca zaoferował termin dostawy EZT w ramach zamówienia podstawowego przekraczający 31 miesięcy oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP. Jeżeli przeliczenie takie nie będzie możliwe to Zamawiający uzna, iż Wykonawca zaoferował termin dostawy EZT w ramach zamówienia podstawowego określony w pkt 8.2.1.1 SWZ, a oferta Wykonawcy zostanie uznana za ważną i zostanie poddana ocenie przez Zamawiającego”;

e. Modyfikacji pkt XVI. 16.2 ppkt 3) SWZ w ten sposób, że: „W przypadku wskazania terminu dostawy EZT w ramach zamówienia w przedziale przekraczającym 31 miesięcy oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP”;

3. Zmianę pkt 1.1.1 SWZ, pkt 2 ppkt 2.1 poz. 2 tabeli OPZ poprzez wykreślenie wymagania, aby dostarczy pojazd był pojazdem czteroczęłonowym i zastąpienie go wymaganiem, aby pojazd był pojazdem wieloczęłonowym bez precyzowania ilości członów;

4. Modyfikację pkt 2 ppkt 2.1 poz. 14 tabeli OPZ poprzez wskazanie na następujący układ drzwi: „Po dwie pary drzwi na stronę członu pojazdu”;

5. Doprecyzowanie pkt 2 ppkt 2.1 poz. 9 tabeli OPZ poprzez wskazanie, że przez prędkość konstrukcyjną 2176 km/h Zamawiający rozumie prędkość stosowaną do badań pojazdu;

6. Doprecyzowanie pkt 2 ppkt 2.1 poz. 19 tabeli OPZ w ten sposób, że poprzez maksymalny nacisk osi na tor Zamawiający rozumie maksymalny nacisk w stanie pełnego załadowania pojazdu, tj. przy całkowitej zajętości miejsc według aktualnych przepisów;

7. Doprecyzowanie pkt 2 ppkt 2.7 poz. 5 pkt 1 tabeli OPZ poprzez wskazanie, że jako rozwiązanie równoważne Zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania skrajnych drzwi wejściowych do pojazdu dla pasażerów jako drzwi wejściowych dla maszynisty;

8. Wykreślenie pkt 2 ppkt 2.4 poz. 1 pkt 2 tabeli OPZ;

9. Wykreślenie z poz. 7 tabeli Załącznika nr 2 do umowy następującego wymagania: „Opis protokołów komunikacyjnych dla sieci Ethernet, CAN, itp. wykorzystywanych do komunikacji między EZT w sterowaniu wielokrotnym. Wraz z dokumentacją Wykonawca udziela prawa do jej wykorzystania przez Zamawiającego podczas kolejnych zakupów bądź modernizacji elektrycznych zespołów trakcyjnych. Dokumentacja ta będzie wykorzystana w celu uzyskania pełnej kompatybilności w sterowaniu wielokrotnym przy połączeniu dostarczonych EZT z EZT, które planuje zakupić Zamawiający w późniejszym terminie bądź modernizacjami obecnego taboru Zamawiającego w późniejszym terminie. Powyższa dokumentacja musi mieć charakter powszechny i nie może być oznakowana jako tajemnica przedsiębiorstwa”;

10. Modyfikację Zastrzeżenia znajdującego się pod tabelą w Załączniku nr 2 do umowy w ten sposób, że EZT zostaną wyprodukowane i dostarczone zgodnie z warunkami określonymi w OPZ, SWZ oraz Ofercie i będą zgodne ze wszystkimi bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz normami i przepisami technicznymi na dzień złożenia oferty.

Ewentualnie wskazanie, że w przypadku, gdy Zamawiający będzie żądał zmiany dokumentacji EZT wynikającej w szczególności ze zmiany aktów prawnych po podpisaniu umowy, Zamawiający zgłosi takie żądanie wykonawcy, strony wspólnie ustalą termin wprowadzenia tych zmian i zmiany terminu dostawy EZT, a wykonawca wprowadzi zmiany za dodatkowym wynagrodzeniem, które również będzie ustalone przez strony umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe będzie stanowiło zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego.

1 1 . Wykreślenie z pkt 1 ppkt 1.2 OPZ sformułowania: „Data produkcji Części nie może być starsza niż jeden rok kalendarzowy. W przypadku Części podlegających legalizacji, data legalizacji nie może być dłuższa niż 3 miesiące”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania, choć niektóre z zarzutów odwołania określił jako „uznane”.

Na posiedzeniu sprecyzował odpowiedź na odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w odpowiedzi jako „uznane” – wyjaśnił, że po analizie tych zarzutów dokonał zmian w SWZ, natomiast jego stanowisko w odpowiedzi na odwołanie nie jest tożsame z uwzględnieniem odwołania w tej części. Wskazywał, że analiza odwołania pozwoliła na zmianę SWZ, jednak w sposób odmienny niż żądanie Odwołującego.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że cofa zarzuty opisane w punkcie III c-i odwołania.

Ponadto oświadczył, że modyfikuje żądanie skorelowane z zarzutem nr III b przez sformułowanie żądania „8 drzwi na stronę pojazdu” oraz modyfikuje żądanie odnośnie zarzutu nr II przez określenie terminu 30 miesięcy na dostawę dwóch pojazdów i 31 na dostawę trzeciego.

Do postępowania odwoławczego wykonawca Newag S.A. w Nowym Sączu (dalej: Przystępujący) skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

**II.** Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności ogłoszenia i specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ).

Ponadto na posiedzeniu Odwołujący złożył następujące dowody na poparcie swoich twierdzeń:

- na poparcie zarzutu nr 1 dokumentacja fotograficzna, opinia techniczna i zezwolenie UTK zgodnie ze spisem dokumentów,
- na poparcie zarzutu nr 2 opinia prywatna, opinia instytutu kolejnictwa zgodnie ze spisem dokumentów oraz dodatkowy dowód przesłany do Izby mailem w postaci przykładowej oferty potwierdzający termin dostawy części,
- na poparcie zarzutu nr 3 składa dowody w postaci opinii technicznej prywatnej, zestawienia przykładowych postępowań oraz analizy przepustowości.

W związku z wycofaniem części zarzutów odwołania (zarzuty oznaczone 3c-3i), Izba w tym zakresie umorzyła postępowanie odwoławcze. Do rozpoznania pozostały więc zarzuty w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu oraz zarzuty dotyczące przedmiotu zamówienia: określenie nierealnego terminu realizacji dostaw oraz wymóg dostarczenia pojazdów czterocłonowych oraz związany z nim wymóg rozkładu drzwi w pojeździe.

Zarzut dotyczący opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest, w ramach zakresu podstawowego, dostawa trzech sztuk fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) wraz z wieloletnim utrzymaniem dla Kolei Śląskich sp. z o.o. do wykonywania pasażerskich przewozów kolejowych, a w ramach prawa opcji – dostawa maksymalnie do 2 dodatkowych sztuk EZT tego samego typu, co EZT dostarczone w ramach zakresu podstawowego (strona 7 SWZ).

Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się następującym doświadczeniem: „(...) W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje, dostawę co najmniej dwóch sztuk fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wyposażonych w urządzenia systemu ETCS poziomu 2, wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI lub zezwoleniem na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł (słownie: dwadzieścia milionów złotych 00/100) brutto każdy. ” - pkt IX.9.2 ppkt 4) SWZ oraz sekcja 111.1 . 3 Ogłoszenia o zamówieniu.

Zdaniem Odwołującego, tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu narusza art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 13 Pzp oraz § 9

ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego przytoczony wyżej opis warunku:

- a. ogranicza możliwość wskazywania doświadczenia wyłącznie do ostatnich 3 lat;
- b. wskazuje, że doświadczenie może dotyczyć dostawy wyłącznie fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych.
- c. wskazuje, że doświadczenie powinno dotyczyć EZT wyposażonych w urządzenia systemu ETCS poziomu 2;
- d. wskazuje, że doświadczenie powinno dotyczyć min. dwóch EZT o wartości min. 20.000.000,00 zł brutto każdy.

Odnosząc się do referencyjnego okresu doświadczenia Odwołujący podnosił, że okres ostatnich 3 lat jest terminem najkrótszym/ podstawowym jaki może wyznaczyć Zamawiający. Zgodnie z 59 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata. Jak było wskazane powyżej, przedmiotem zamówienia są szczególnie dostawy pojazdów kolejowych nie są to zamówienia powszechne. Przeciwnie, podmiotów, które posiadają tego typu doświadczenie na rynku jest kilka, natomiast dostawy często realizowane są w ramach kilkuletnich umów. W tym kontekście bezzasadne jest ograniczanie doświadczenia zaledwie do ostatnich 3 lat. Wydłużenie okresu referencyjnego do 6 lat w żaden sposób nie naruszy interesu Zamawiającego oraz pozwoli wybrać wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, bowiem realizacja zamówienia w zakresie dostaw elektrycznych zespołów trakcyjnych w okresie ostatnich 3 lat jest analogiczna do tych wykonywanych w okresie ostatnich 6 lat. Wydłużenie tego okresu nie odbędzie się zatem z uszczerbkiem dla Zamawiającego czy jakości wykonania zamówienia, a jednocześnie poszerzy konkurencję. Okoliczność, iż z 59 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia wynika, że Zamawiający może wydłużyć okres referencyjny nie oznacza całkowitej uznaniowości. Zamawiający powinien bowiem brać pod uwagę specyfikę zamówienia oraz uwarunkowania rynkowe. W wyroku z dnia 2 listopada 2016 r. KIO 1959/16 Izba stwierdziła, że „W myśl ust. 5 pkt 2, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może dopuścić, aby wykaz o którym mowa w ust. 4 pkt 2, dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywanych, w okresie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu. Analiza przepisu zawartego w § 2 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia wskazuje, że przepis ten ma charakter fakultatywny dla zamawiającego. Niemniej jednak wydaje się, iż w sytuacji, gdyby ustalone przez zamawiającego na podstawie § 4 ust. 2 warunki miały doprowadzić do zaburzenia odpowiedniego poziomu konkurencji, zamawiający będzie zobligowany do wydłużenia terminu zgodnie z ust. 5 pkt 2. Tego rodzaju konstatacja wynika również z jednej z podstawowych dla postępowań o udzielenie zamówień publicznych zasad, tj. zawartej w art. 7 ZamPublU zasady zachowania uczciwej konkurencji.

8. Zamawiający w treści warunku wskazał, że przedmiotem doświadczenia ma być również dostawa pojazdu fabrycznie nowego. Także ten element warunku jest nieuzasadniony, ogranicza konkurencję oraz nie bierze pod uwagę realiów rynku i podmiotów zdolnych wykonać zamówienie. Warunek w obecnym brzmieniu wyklucza m. in. Odwołującego, który jest wykonawcą posiadającym doświadczenie w przeprowadzeniu m.in. modernizacji pojazdów. Na rynku kolejowym nie każdy zamawiający decyduje się na zamówienie pojazdów nowych, a często zleca przeprowadzenie modernizacji. Modernizacja elektrycznego zespołu trakcyjnego także jest skomplikowanym przedsięwzięciem, w wyniku przeprowadzenia którego mamy często do czynienia z de facto nowym pojazdem dostosowanym do specyficznych potrzeb zamawiającego. Modernizacja wiąże się bowiem z dostawą niemal całkowicie zmienionego zespołu trakcyjnego, dla którego wykonawca musi uzyskać m.in. zezwolenie uprawniające do poruszania się po liniach PKP PLK.

9. Przez pojęcie „modernizacji” rozumieć należy w szczególności „większe prace modyfikacyjne wykonywane w podsystemie lub jego części poprawiające całkowite osiągi podsystemu oraz skutkujące zmianą dokumentacji technicznej dołączonej do deklaracji weryfikacji WE” (zgodnie z art. 4 pkt 43 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym). W zaproponowanym żądaniu Odwołujący doprecyzował zakres modernizacji, tak aby był on proporcjonalny oraz wykazywał jej złożony zakres a tym samym faktyczne, bogate doświadczenie wykonawcy. W przypadku zaawansowanej modernizacji wykonawca występuje w takim projekcie jako „producent” w rozumieniu Decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/ WE z dnia 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, jako „producent” w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku oraz również jako „producent” w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym, uzyskując zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu kolejowego. Projekt kończy się wprowadzeniem do obrotu nowego typu pojazdu kolejowego i obejmuje wszystkie fazy produkcyjne, jakie są wymagane podczas budowy nowego elektrycznego zespołu trakcyjnego - m.in. fazę projektowania, fazę opracowania dokumentacji konstrukcyjnej i utrzymaniowej, etap badań w certyfikującej Jednostce Notyfikowanej, testów i uzyskiwania niezbędnych dopuszczeń od

Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego przed wprowadzeniem do obrotu elektrycznego zespołu trakcyjnego jako nowego typu wyrobu. Modernizacja obejmuje również dokonanie szczegółowych odbiorów wspólnie z Zamawiającym. Głęboka modernizacja jest procesem złożonym wymagającym pozyskania i zmiany komponentów, zespołów, podzespołów, napędów, nowoczesnych silników trakcyjnych i przekładni, energoelektroniki, zmiany wnętrza pojazdu, uruchomieniu pojazdu, w tym uruchomieniu i sprawdzeniu poprawności w działaniu wszystkich zabudowanych zespołów, podzespołów jak i całego pojazdu oraz sprawdzeniu jego wszystkich funkcjonalności wraz z wykonaniem licznych jazd fabrycznych testowych (w tym jazd w trybie wielokrotnym - do 3 szt. połączonych pojazdów.), przeprowadzenia niezbędnych badań homologacyjnych przez akredytowaną i notyfikowaną jednostkę certyfikującą.

10. Na zasadność dopuszczenia w referencyjnym doświadczeniu także modernizacji wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 czerwca 2022 r. KIO 1280/22, KIO 1283/22, KIO 1284/22, który został wydany w postępowaniu prowadzonym przez POLREGIO S.A. w celu zawarcia umowy ramowej na dostawę do 200 fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich (nr postępowania: PZPI .240.51.2022). W treści warunku zamawiający dopuścił doświadczenie obejmujące zarówno dostawę pojazdu, jak i modernizację, a jeden z wykonawców - PESA, domagał się zaostżenia warunku do dostawy fabrycznie nowych pojazdów, co miało być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Izba oddalając ten zarzut stwierdziła, że „Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała, iż warunek udziału w postępowaniu w obecnym brzmieniu pozwoli na udział podmiotów, które faktycznie zajmują się produkcją pojazdów, ale nie musiały w ostatnich latach dostarczać nowych pojazdów na rynku. Taka sytuacja dotyczy, m.in. Przystępującego po stronie Zamawiającego, który dostarczał pojazdy po modernizacji. Mając na uwadze specyfikę tego zamówienia, w którym dostawa pojazdów często wymaga dostosowania pojazdu na potrzeby konkretnego zamówienia, nie każdy podmiot zdolny do wykonania pojazdu, z uwagi na koszty decyduje się na dostawę nowych pojazdów, ukierunkowując swoje zasoby na modernizację pojazdów, co jak wskazał Odwołujący nie obejmuje procesu projektowania. Nie oznacza to zatem, iż nie ma doświadczenia w produkcji pojazdu. Ponadto, mając na uwadze czas, jaki wymaga wprowadzenie nowego pojazdu spełniającego normy bezpieczeństwa oraz techniczne specyfikacje interoperacyjności, jego homologacji oraz dostawy, znacząco zmienia ocenę warunku udziału w postępowaniu. Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu powinna być rozumiana jako narzędzie pozwalające ocenić przygotowanie zawodowe dostawcy pojazdów, co nie musi obejmować pełnego procesu produkcji, projektowania, jak również pełnej zgodności pojazdu ze specyfikacjami technicznymi. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów Ustawy. Izba uznała za przyznaną okoliczność, iż

zmiana do jakiej dąży Odwołujący może faktycznie wyłączyć z udziału w postępowaniu konkretny podmiot, tj. H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., który obecnie jest na etapie uzyskania dopuszczenia dla nowo zaprojektowanego pojazdu, który może spełniać wymagania Zamawiającego (po dostosowaniu pewnych komponentów, tj. napęd elektryczny i układ hamulcowy). ”

1 1 . W przypadku modernizacji, w odróżnieniu od pojazdów fabrycznie nowych, pojazdy nie muszą być wyposażone w urządzenia systemu ETCS. Niemniej powyższe nie oznacza, że modernizacja przedstawia doświadczenie gorsze od dostawy fabrycznie nowych pojazdów. Odwołujący z tego względu doprecyzował w żądaniu zakres modernizacji, tak aby wskazywał on na doświadczenie w realizacji skomplikowanego przedsięwzięcia. Należy również dodać, że okoliczności iż przedmiotem zamówienia są pojazdy fabrycznie nowe nie oznacza, że te same cechy ma obejmować doświadczenie. Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp warunek wyraża minimalny poziom zdolności i sformułowany warunek musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia a nie z nim identyczny.

12. W odniesieniu do wartości pojazdów w obecnie sformułowanym warunku Zamawiający wymaga, aby wartość każdego pojazdu wynosiła min. 20.000.000,00 zł brutto. Taka konstrukcja warunku eliminuje z postępowania podmioty, które wykonały dostawy np. więcej niż dwóch sztuk pojazdów, z tym, że wartość jednostkowa tych pojazdów była niższa, bo osiągnęła np. 10.000.000,00 zł brutto. Ocena doświadczenia nie powinna dotyczyć wartości jednostkowej pojazdu tylko wartości łącznej wykonanego/ wykonywanego zamówienia. Jeżeli łączna wartość np. 3 lub 4 pojazdów przekracza 30.000.000,00 zł brutto, to bezzasadne jest ograniczanie konkurencyjności postępowania i wykluczanie tego typu doświadczenia.

13. Należy wskazać, że zaproponowane przez Odwołującego zmiany warunku poszerzą krąg wykonawców zdolnych wykonać zamówienie, ale jednocześnie nie prowadzą do obniżenia wymagań w zakresie doświadczenia. Propozycja zmiany warunku nie wyklucza wykonawców, którzy już teraz go spełniają, a dąży wyłącznie do dopuszczenia do postępowania podmiotów, które posiadają analogiczne doświadczenie w realizacji zamówień podobnych do tego objętego postępowaniem.

Z argumentacją Odwołującego nie zgodził się Zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że z kwestionowanych elementów wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia każdy jest istotny dla zweryfikowania, czy wykonawca biorący udział w postępowaniu jest zdolny do wykonania zamówienia w sposób należyty i bez negatywnego wpływu na realizację zamówienia. Poniżej przedstawione zostały wyjaśnienia w zakresie poszczególnych elementów zaskarżonego przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Ad. a. Zamawiający ogranicza możliwość wskazywania doświadczenia wyłącznie do ostatnich 3 lat. Odwołujący wyjaśnia, że w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, Zamawiający powinien dopuścić, aby wykaz dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata. Takie podejście ma być zgodne z wykładnią § 9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, zgodnie z którą Zamawiający powinien określić dłuższy okres doświadczenia wykonawców ubiegających się o zamówienie w taki sposób, by nie zaburzać „odpowiedniego poziomu konkurencji” (pkt 7 Odwołania). W ocenie Odwołującego zapewnienie możliwości wykazania się doświadczeniem sprzed 6 lat jest konieczne do zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji.

W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. W istocie Odwołanie nie przedstawia żadnych okoliczności faktycznych, które wskazywałyby, że warunki określone przez Zamawiającego zaburzają uczciwą konkurencję i że w okresie ostatnich 3 lat nie było możliwe uzyskanie doświadczenia w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Ponadto, jak sam Odwołujący wskazuje, umowy na dostawę pojazdów są realizowane w ramach kilkuletnich umów (pkt 7 Odwołania). Doświadczenie badane jest jednak od terminu dostarczenia pojazdu, a nie podpisania umowy. Tym samym, mając na uwadze fakt, że dostawa pojazdów odbywa się zwykle w terminach 20 – 36 miesięcy od podpisania umowy, Odwołujący tak naprawdę chce dopuścić możliwość wykazania się doświadczeniem uzyskanym na podstawie umów sprzed nawet 9 lat (6 lat zgodnie z wnioskiem Odwołującego + czas realizacji Umowy). Nadmieniał, że przez taki okres zmieniały się przepisy, normy, wymagania zamawiających. Dodatkowo, przez taki okres występuje wysokie prawdopodobieństwo, że kadra uczestnicząca w realizacji poprzednich zamówień uległa wymianie i Odwołujący w istocie nie dysponuje już know-how pozwalającym na prawidłowe wykonanie zamówienia. W ocenie Zamawiającego doświadczenie z takiego okresu nie pozwala na wybór wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Zamawiający, przy ustanawianiu warunków udziału w postępowaniu kierował się wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia i równocześnie Zamawiający miał również na uwadze, aby warunek ten nadmiernie nie ograniczył konkurencji. W tym miejscu należy podkreślić, że zgodnie z wyrokiem z dnia 30 maja 2017 roku, sygn. akt. KIO 1028/17 Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających

się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym przypadku najniższej ceny”.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek.

Odwołujący nie nabył odpowiedniego doświadczenia w przeciągu ostatnich trzech lat natomiast nie oznacza to, że warunek stoi w sprzeczności z wykładnią art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp oraz rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Uzyskanie doświadczenia w tym okresie było możliwe i większość podmiotów na rynku nie ma problemu z jego osiągnięciem. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie, m.in. w wyr. z 8.5.2019 r. (KIO 744/19, Legalis), podkreślała, że sposób określenia warunków udziału w postępowaniu ma na celu doprowadzenie do wyboru wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Izba zwróciła uwagę, że warunki udziału określone w danym postępowaniu kształtują pewien wzorzec wykonawcy, któremu zamawiający może powierzyć realizację zamówienia. Wzorzec ten określają cechy dobrane w sposób obiektywny – powiązany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, zapewniający dostęp do zamówienia tylko tym wykonawcom, którzy gwarantują zamawiającemu, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z celem danego postępowania. Rozszerzenie konkurencji nie jest celem w sposób bezwzględny najwyższym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Granicę dla rozszerzania konkurencyjności danego postępowania wyznaczają realne i obiektywne czynniki, mierzące zdolności wykonawcy w kontekście specyfiki i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku dostosowywania wymagań określających warunki udziału w postępowaniu do warunków dostępnych konkretnemu wykonawcy. Prawem zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w najszerszym kontekście, zaś o złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać fakt, że na rynku istnieją podmioty, które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia (wyr. KIO z 4.3.2021 r., KIO 356/21, Legalis). - Komentarz do art. 112 PZP red. Jaworska 2022, wyd. 4/D. Grześkowiak-Stojek

Ad b. Zamawiający wskazuje, że doświadczenie może dotyczyć dostawy wyłącznie fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych

Odwołujący wskazuje, że doświadczenie w modernizacji pojazdów powinno być traktowane na równi z dostawą nowych pojazdów i wnosi o rozszerzenie warunku doświadczenia poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się doświadczeniem w dostawie:

zmodernizowanych w rozumieniu art. 4 pkt 43 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1984 z późn. zm.) co najmniej pięciu sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 50.000.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych 00/100) brutto.

Modernizacja powinna obejmować zmiany zasadniczych cech konstrukcyjnych pojazdu dotyczące przynajmniej 40% Punktów TSI opisanych w pierwszej kolumnie Tabeli 17a z punktu 7.1.2.2. Załącznika do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 1302/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności odnoszącej się do podsystemu „Tabor - lokomotywy i tabor pasażerski” systemu kolei w Unii Europejskiej (Dz. U. UE. L z 2014 r. Nr 356, str. 228 z późn. zm.), dla których wykonawca uzyskał zezwolenie na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu dla typu pojazdu w rozumieniu art. 23i ust. 1 w zw. z art. 23b i art. 23d ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym lub zezwolenie na dopuszczenie pojazdu kolejowego do eksploatacji stanowiące zezwolenie dla typu pojazdu w rozumieniu art. 23i ust. 1 w zw. z art. 23 b i 23d ust. 1 tej ustawy o treści obowiązującej do dnia 28 lipca 2021 r.

Zmiana opisywana przez Odwołującego jest nieadekwatna do przedmiotu zamówienia i nie daje jakiegokolwiek gwarancji możliwości zrealizowania zamówienia na warunkach określonych w Postępowaniu.

Po pierwsze modernizacja nie obejmuje swym zakresem projektowania kluczowych komponentów dotyczących bezpieczeństwa pojazdu takich jak: wózki, ostoja pojazdu i pudła. W trakcie modernizacji wskazane elementy zostają zachowane z pierwotnego pojazdu i nie są projektowane od podstaw, a tylko modyfikowane w takim zakresie, który pozwala na zabudowę nowych komponentów. Przy modernizacji główna struktura pojazdu odpowiedzialna za bezpieczeństwo pozostaje niezmieniona. Nowy pojazd musi mieć te elementy zaprojektowane od początku. Trudność w zaprojektowaniu, wykonaniu, przebadaniu i dopuszczenia kluczowych elementów jak wózki napędowe i toczne do EZT wymaga odpowiedniego doświadczenia od wykonawcy co nie może być potwierdzone wykonaniem modernizacji, gdzie te prace nie były wykonywane.

Po drugie, modernizacja, którą opisuje Odwołujący obejmuje swym zakresem pojazdy dopuszczone do jazdy z prędkością 120km/h, podczas gdy pojazdy objęte zamówieniem powinny być dopuszczone do eksploatacji z prędkością 160km/h. Zmiana prędkości

eksploatacyjnej wpływa na budowę konstrukcji pojazdu, układu napędowego i układu hamulcowego oraz wytrzymałość pojazdu.

Po trzecie, Odwołujący nie przeprowadził homologacji, a tym bardziej nie dostarczył jeszcze nowego pojazdu dopuszczonego do jazdy z prędkością 160km/h, w którym przeszedłby cały proces od projektowania poprzez wykonanie do dopuszczenia i dostarczenia co mogłoby potwierdzić jego doświadczenie w tym zakresie. Z informacji opublikowanych w mediach wynika, że Odwołujący ogłosił rozpoczęcie projektowania elektrycznego zespołu trakcyjnego w 2017 r., w 2019 r. zapowiadano rozpoczęcie testów, przy czym pierwsze nagrania z testów na torze doświadczalnym pojawiły się dopiero w 2023 r. Czas który upłynął od ogłoszenia platformy PLUS Odwołującego do rozpoczęcia badań homologacyjnych, których data zakończenia nie jest jeszcze znana pokazuje, że proces wyprodukowania pojazdu jest znacznie dłuższy i bardziej skomplikowany niż to jak opisuje to Odwołujący.

Uzyskanie homologacji na nowy pojazd jest elementem przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 17 czerwca 2020 r. KIO 558/20 wydanego w podobnej sprawie, Brak takiej umiejętności wymagającej znajomości konkretnych procedur zarówno prawnych, jak i technicznych, może nie gwarantować wykonania przedmiotu zamówienia w terminie określonym w umowie, co pozostaje w sprzeczności z uzasadnioną potrzebą Zamawiającego będącą w jego interesie.

W przekonaniu Izby Zamawiający nie skonstruował SIWZ w spornym zakresie w sposób sztuczny, mając na celu ograniczenie konkurencji w zamiarze nieuzasadnionego pokrzywdzenia Odwołującego, tylko działał w granicach własnych potrzeb, chcąc się zabezpieczyć przed sytuacją, w której wykonawca nie wykona zobowiązania powołując się na trudności związane z pozyskaniem świadectwa homologacji tramwajów, które mają być skonfigurowane według szczególnych potrzeb Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, wprowadzenie wymogu dostawy nowego pojazdu, a nie zmodernizowanego, stanowi warunek adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Ad. c. Doświadczenie powinno dotyczyć EZT wyposażonych w urządzenia systemu ETCS poziomu 2

Zamawiający, aby uchronić się przed nienależytym wykonaniem zamówienia, musi mieć możliwość ustalenia, czy wykonawcy zgłaszający zainteresowanie realizacją zamówienia, będą w stanie faktycznie wykonać je zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Przedmiot zamówienia jest skomplikowany, wymagający od wykonawcy dokładnej znajomości procesu produkcji elektrycznych zespołów trakcyjnych posiadających nowoczesne wyposażenie, w szczególności urządzenia pokładowe systemu ECTS poziomu 2.

Dlatego też, w ocenie Zamawiającego istotne było wprowadzenie wymogu doświadczenia wykonawców w tworzeniu pojazdów wyposażonych w ECTS poziomu 2. Równocześnie na

rynku większość podmiotów posiada doświadczenie w produkcji pojazdów wyposażonych w system ECTS poziomu 2. W tym miejscu nadmieniam, że ETCS poziomu 2 znacząco różni się od poziomu pierwszego, ponieważ dopiero na poziomie 2 możliwa jest dwukierunkowa komunikacja pomiędzy pojazdem a infrastrukturą kolejową pozwalająca systemowi ERTMS na radiowe sterowanie pojazdem.

Tym samym, mając na uwadze istotę systemu ECTS poziomu 2 dla eksploatacji pojazdów w przyszłości, a także sytuację na rynku kolejowym, w ocenie Zamawiającego, zachowana została zasada proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu.

Ad. d Zamawiający wskazuje, że doświadczenie powinno dotyczyć min. dwóch EZT o wartości min. 20.000.000,00 zł brutto każdy

Również w tym przypadku Zamawiający nie zgadza się z argumentacją Odwołującego, który wskazuje, że wartość określona w warunku powinna dotyczyć wartości łącznej wykonanego zamówienia, a nie wartości jednostkowej pojazdu, a Zamawiający powinien oczekiwać doświadczenia w realizacji zamówienia obejmującego 2 pojazdy za łączną kwotę 30 mln zł.

W ocenie Odwołującego, łączna kwota zamówienia pozwala zweryfikować doświadczenie wykonawcy w zakresie organizacji produkcji i dostawy pojazdów, więc Zamawiający nie powinien określać wartości dostarczanego pojazdu. Zamawiający jednak, wprowadzając wymóg wykazania się doświadczeniem w dostawie pojazdu o wartości jednostkowej co najmniej 20 mln zł, kierował się koniecznością zweryfikowania doświadczenia w dostawie pojazdów nowoczesnych i wielkości podobnej jak wymagane przez Zamawiającego w Postępowaniu. W tym przypadku wartość pojazdu, w ocenie Zamawiającego, jest warunkiem mniej wymagającym niż określenie wymogu dostawy pojazdu o konkretnej liczbie członów – określona przez Zamawiającego wartość pozwala wykonawcom wykazać się dostawą większych pojazdów (pięcio- lub sześćo- członowych) lub bardziej zaawansowanych technologicznie trójczłonów.

Podsumowując wyjaśnienia w zakresie ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu, należy podkreślić w ślad za stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku KIO 1028/17 z dnia 30 maja 2017 roku, że W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności postawionego warunku, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Zamawiający posiada wiedzę, że przynajmniej 5 podmiotów funkcjonujących na rynku spełnia określony przez Zamawiającego warunek udziału w Postępowaniu. W istocie Odwołujący nie jest w stanie wykazać się doświadczeniem w zakresie żadnego elementu

określonego przez Zamawiającego dotyczącego dostawy nowych pojazdów, czasu dostawy, wyposażenia, określonej wartości. Tym samym w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, nie naruszył on art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp oraz § 9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że przepisy art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp oraz § 9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych nie zostały naruszone przez sformułowanie przez Zamawiającego opisu warunku udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 112 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Z kolei art. 116 ust. 1 Prawa zamówień publicznych opisuje wymóg posiadania niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, stanowiąc, że w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z kolei z § 9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz wykonanych dostaw dotyczył dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata. Przepis ten uprawnia Zamawiającego, a nie zobowiązuje, do możliwości wydłużenia okresu, w którym należy spełnić wymagane doświadczenie. Okres trzyletni wskazany w opisie warunku był zgodny z przepisami, a

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że poprzestanie na okresie ustawowym, bez wydłużania go, zaburza konkurencyjność w postępowaniu. Odwołujący nie wykazywał przykładowo, że w okresie ostatnich trzech lat na rynku dostaw EZT nie realizowano żadnych zamówień. Stanowisko Odwołującego sprowadzało się do tego, że on nie jest w stanie sprostać tak określonymu warunkowi, a jest to argument niewystarczający. Postawienie jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia ogranicza konkurencję w tym sensie, że zawęża krąg wykonawców mogących złożyć oferty do wykonawców, którzy posiadają określone doświadczenie. Okoliczność, że jeden z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu nie spełnia warunku, nie zobowiązuje do obniżenia wymogów przez zamawiającego. Zasadniczo wywody Odwołującego zdawały się prowadzić do wykazania, że jest on zdolny do wykonania zamówienia, mimo, że nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku. Izba nie mogła zaakceptować takiego stanowiska. Warunek udziału w postępowaniu określa się w korelacji do przedmiotu zamówienia, a nie do potencjału konkretnego wykonawcy. Dlatego nie można było stwierdzić naruszeń przepisów przywołanych przez Odwołującego, ani w zakresie terminu, w którym należało nabyć określone doświadczenie, jak i pozostałych aspektów warunku udziału w postępowaniu.

Skład orzekający przy tym w całości podzielił stanowisko, wyrażone w uzasadnieniu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 895/23, KIO 899/23, gdzie Izba rozpatrywała zarzut analogiczny, w podobnym postępowaniu, podniesiony przez tego samego Odwołującego:

„Izba stwierdziła, że ww. warunek został opisany przez zamawiającego na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i minimalnym, a jednocześnie w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizacji tego zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Po pierwsze, należy zauważyć, że 3-letni okres, z którego należy wykazać wymagane doświadczenie jest zgodny z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy i zamawiający nie ma obowiązku wydłużać go do 6 lat, zwłaszcza w sytuacji gdy skutkowałoby to wykazywaniem doświadczenia zdobytego na podstawie umów zawieranych ok. 9 lat temu (6 lat + ok. 3 lata na realizację od zawarcia umowy), czyli w okresie, kiedy obowiązywały inne normy i wymagania. Tym samym wydłużenie ww. okresu do 6 lat pozwoliłoby na wykazanie doświadczenia nieadekwatnego do niniejszego przedmiotu zamówienia.

Po drugie, wymóg wykazania dostawy fabrycznie nowych EZT odpowiada przedmiotowi zamówienia, który dotyczy właśnie nowych EZT. Odwołujący domaga się

dopuszczenia alternatywnie możliwości wykazania doświadczenia w modernizacji EZT i przedłożył m.in. opinię z dnia 26.05.2022 r. sporządzoną przez Sieć Badawczą Łukasiewicz Poznański Instytut Technologiczny Centrum Pojazdów Szynowych „na temat możliwości produkcji Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych w Fabryce Pojazdów Szynowych H. Cegielski w Poznaniu”. Z opinii tej wynika, że modernizacja EZT wymaga zastosowania tych samych nowych komponentów, które stosuje się przy produkcji nowego EZT i że modernizacja jest procesem równie skomplikowanym jak produkcja nowego pojazdu. Należy jednak zauważyć, że ww. opinia odnosi się do technicznych kwalifikacji odwołującego, natomiast „doświadczenie” jest pojęciem szerszym i obejmuje także inne zdolności, np. w zakresie organizacji procesu produkcji od podstaw, uzyskania homologacji dla nowego produktu, czy dostępu do łańcucha dostaw. Ww. opinia, choć korzystna dla odwołującego, nie może zatem samoistnie potwierdzać, że odwołujący zapewnia należyłą realizację zamówienia polegającego na produkcji nowych EZT. W konsekwencji również pozostałe dowody złożone przez odwołującego, np. zdjęcia zespołów trakcyjnych przed modernizacją i po jej wykonaniu (choć niewątpliwie pokazują dużą skalę zmian) nie przesądzają o tym, że doświadczenie w modernizacji jest wystarczające dla należytego wykonania niniejszego zamówienia. Z kolei w zezwoleniu UTK nr PL 51 2017 0015 wskazano odwołującego jako „producenta”, choć wydaje się, że wynika to po prostu ze wzoru przewidzianego dla tego dokumentu, ale jednocześnie w obu zezwoleniach UTK nr PL 51 2016 0068 i nr PL 51 2017 0015 wskazano, że dotyczą one pojazdów niezgodnych z TSI. W efekcie złożone przez odwołującego dowody nie pozwalają na uznanie, że doświadczenie w modernizacji pojazdów jest tożsame z doświadczeniem w ich produkcji.

Po trzecie, zdaniem odwołującego zasadne jest pozostawienie wymogu wyposażenia EZT w system ETCS poziomu 2 w ramach opisu przedmiotu zamówienia, ale usunięcie go z opisu warunku doświadczenia. Warunek ten nie może być jednak uznany za nadmierny wobec faktu, że od 2016 r. każdy nowy pojazd musi być zgodny z TSI, co oznacza m.in. wyposażenie go w system ETCS. Nie jest to zatem system nowy, czy wyjątkowy na rynku. Poza tym, o ile sam system jest dostarczany przez wyspecjalizowany zewnętrzny podmiot, o tyle po jego zainstalowaniu producent pojazdu musi go zintegrować z innymi systemami w tym pojeździe, co również wskazuje na zasadność postawienia tego warunku.

Po czwarte, należy zauważyć, że przedmiot zamówienia obejmuje 22 EZT w zakresie podstawowym oraz 8 EZT w ramach opcji. Oznacza to, że wymóg wykazania doświadczenia w zakresie dostawy 11 EZT nie jest nadmierny, ponieważ stanowi 50% zamówienia podstawowego i ok. 36% zamówienia z uwzględnieniem opcji. Należy zgodzić się z odwołującym, że warunek udziału w postępowaniu określony na poziomie minimalnym nie musi odzwierciedlać w pełni wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, ale w tym przypadku sytuacja taka nie ma miejsca, bo jak wskazano wyżej, zamawiający

wymaga wykazania liczby EZT na poziomie połowy zamówienia podstawowego.

Po piąte, wymagana w opisie warunku wartość każdego EZT wynosi 20 mln zł brutto, jednakże z dokumentu dotyczącego szacowania wartości niniejszego zamówienia wynika, że zamawiający przewidywał, że cena brutto jednego EZT wyniesie ok. 35 mln zł. Zatem ponownie żądana w opisie warunku wartość jest nawet niższa od wartości oszacowanej przez zamawiającego, co nie pozwala na stwierdzenie, że jest to wymaganie nadmierne.

Dodatkowo w przypadku wymagań dotyczących okresu, z którego ma pochodzić doświadczenie, a także ilości, czy wartości EZT, odwołujący nie wykazał, dlaczego ich wydłużenie do 6 lat czy zmniejszenie do 5 sztuk i 50 mln zł łącznie, miałyby być obiektywnie zasadne dla zbadania zdolności wykonawców do realizacji zamówienia.

Jednocześnie należy zauważyć, że opis warunków udziału w postępowaniu służy właśnie zbadaniu, który wykonawca zapewnia należyte wykonanie zamówienia, a nie temu, żeby warunki były dostosowywane do potencjału, w tym doświadczenia, konkretnego wykonawcy. Obowiązek zapewnienia w postępowaniu uczciwej konkurencji nie polega bowiem na tym, aby umożliwić spełnienie warunków udziału w postępowaniu każdemu wykonawcy na rynku. Fakt, że odwołujący kwestionuje niemal wszystkie elementy opisu ww. warunku (nie znajdując przy tym poparcia innych uczestników rynku w postaci przystąpień po jego stronie do postępowania odwoławczego) świadczy o tym, że w istocie oczekuje on sformułowania odrębnego warunku dostosowanego do jego doświadczenia.”

Skoro przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych pojazdów, to Zamawiający może ograniczyć wymóg posiadania doświadczenia w dostawie pojazdów nowych. Modernizacja, chociaż może mieć charakter kompleksowy i gruntowny, nie jest różnoznacza z wyprodukowaniem nowego pojazdu. Rację ma Zamawiający, wskazując na fakt, że modernizacja nie obejmuje zaprojektowania pojazdu, w tym kluczowych elementów, komponentów dotyczących bezpieczeństwa pojazdu. Zdaniem składu orzekającego, nawet jeżeli SWZ (w tym OPZ) jest tak skonstruowana, że Zamawiający oczekuje dostawy pojazdów, które już w przeszłości otrzymały homologację (na co wskazuje termin realizacji zamówienia, kwestionowany w osobnym zarzucie), to nie narusza to uczciwej konkurencji, a warunek posiadania doświadczenia w dostawie nowych pojazdów jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Podobnie, wymóg odnośnie dostawy pojazdów wyposażonych w system ETCS poziomu 2 nie narusza konkurencji – Odwołujący nie wykazał, że dostawa innego systemu, czy systemu starszego (poziomu 1), jest wystarczająca/adekwatna. Europejski System Sterowania Pociągiem (ETCS) poziomu 2, jak stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (strona 11), „znacząco różni się od poziomu pierwszego, ponieważ dopiero na poziomie 2 możliwa jest komunikacja pomiędzy pojazdem a infrastrukturą kolejową, pozwalająca (...) na radiowe sterowanie pojazdem”. Z takim stwierdzeniem Odwołujący w ogóle

nie polemizował. Zatem Izba uznała warunek odnośnie systemu ETCS poziomu 2 za nienaruszający przepisów Prawa zamówień publicznych. Analogicznie wymóg dotyczący wartości pojazdu – 20 000,00 brutto zł jest zgodny z przepisami. Słusznie Zamawiający wskazuje, że „wprowadzając wymóg wykazania się doświadczeniem w dostawie pojazdu o wartości jednostkowej co najmniej 20 mln zł, kierował się koniecznością zweryfikowania doświadczenia w dostawie pojazdów nowoczesnych i wielkości podobnej jak wymagane przez Zamawiającego w Postępowaniu” (strona 11 odpowiedzi na odwołanie). Zdaniem Izby Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które miałyby przemawiać za obniżeniem wymaganej kwoty wartości pojazdu. Łączna wartość zamówienia, którą postulował Odwołujący, nie przekłada się na wartość jednego pojazdu.

Reasumując, Izba uznała wymogi Zamawiającego, zawarte w opisie warunku udziału w postępowaniu, dotyczące terminu wykonania dostaw, ich wartości, dostawy nowych pojazdów wyposażonych w odpowiedni system sterowania za zgodny przepisami art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp oraz § 9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganego terminu dostaw i w zakresie wymogu pojazdów czteroczęłonowych z narzuconym rozkładem drzwi.

Odwołujący zarzucał naruszenie przepisów art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Prawa zamówień publicznych przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia inne, niż określone w art. 95 ust. 1 wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością, zatrudnieniem lub zachowaniem poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku realizacji zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 99 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty; stosownie do ust. 2, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Przepis art. 16 Prawa zamówień publicznych określa podstawową zasadę udzielania zamówień – zasadę uczciwej konkurencji.

Podstawa faktyczna zarzutu odwołania sprowadzała się do stwierdzenia, że zdaniem Odwołującego, zakreślony przez Zamawiającego termin powinien być wydłużony, ponieważ Odwołujący we wskazanym przez Zamawiającego terminie nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Mianowicie Odwołujący nie wyprodukował w przeszłości pojazdu, który otrzymał homologację – a termin dostawy wskazany przez Zamawiającego ogranicza możliwość dostaw tylko do takich pojazdów. Proces homologacji nowego pojazdu, jeżeli nie był uprzednio już przeprowadzony, jest procesem długotrwałym (co było niesporne), a więc jest mało prawdopodobne czy wręcz niemożliwe, aby Odwołujący dochował wymaganego terminu, jeżeli wcześniej nie wyprodukował pojazdu już homologowanego. Izba musiała więc odpowiedzieć na pytanie, czy ta okoliczność – że Odwołujący nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie z wymogami OPZ sprawia, że Zamawiający powinien zmienić SWZ przez wydłużenie terminu do oczekiwanego przez Odwołującego.

Na tak postawione pytanie skład orzekający odpowiedział przecząco. Zawężenie przedmiotu dostawy w sposób, jaki określił Zamawiający, nie ogranicza uczciwej konkurencji, ponieważ koreluje z potrzebami Zamawiającego. W ocenie Izby jak najkrótszy czas dostawy pojazdów jest korzystny dla pasażerów, co nie wymaga żadnych dowodów, czy argumentacji (Zamawiający wskazywał w odpowiedzi na odwołanie na pilną potrzebę zaspokojenia aktualnych potrzeb w związku z niedoborem pojazdów, strona 13 odpowiedzi na odwołanie). Okoliczność, że Odwołujący nie jest w stanie spełnić wymagań Zamawiającego nie jest bezwzględną przesłanką do zmiany SWZ, a Odwołujący zdaniem Izby nie wykazał, że doszło do jakiegokolwiek naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych.

Podobnie w odniesieniu do wymogu czteroczłonowości pojazdów (który wiąże się z rozkładem drzwi na człon – Zamawiający wymagał rozkładu 2-2-2-2, co z kolei wiąże się z równomiernym rozkładem drzwi zarówno na człon, jak i na pojazd, przy założeniu, że pojazd jest czteroczłonowy). Odwołujący zasadniczo nie przedstawił żadnych powodów, dlaczego Zamawiający miałby zaakceptować pojazd o innej ilości członów, niż wymagana. Już sama potrzeba zapewnienia porównywalności ofert wskazuje na konieczność doprowadzenia do jak największego ujednoczenia ocenianych elementów, w tym liczby

członów. Przy tym Odwołujący w ogóle nie polemizował z twierdzeniem Zamawiającego, że Odwołujący oświadczył (w innym postępowaniu – Zamawiający przywoływał je na stronie 15 odwołania), że może wyprodukować pojazd o czterech członach.

Odwołujący na rozprawie zauważał, że dopiero w odpowiedzi na odwołanie pojawiły się argumenty o przepustowości, których nie było w SWZ – jednak w ocenie Izby stanowisko Zamawiającego było prawidłowe. Argumentacja zawarta w odpowiedzi na odwołanie, powołująca się na uwarunkowania dotyczące przepustowości jest polemiką z zarzutami odwołania. Oczywiście jest, że przepustowość (płynność przepływu pasażerów) musiała być uwzględniana w założeniach opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący złożył na posiedzeniu jako dowód własną „Analizę przepływu pasażerów w pojeździe FPS Plus podczas postoju pojazdu” z dnia 12 kwietnia 2023 r. (sporządzoną, jak wynika z części wstępnej analizy, na potrzeby postępowania sygn. akt KIO 895/23, KIO 899/23). Porównuje tam przepustowość pojazdu czteroczłonowego (drzwi w rozkładzie 2-2-2-2) z trzyczłonowym (drzwi w rozkładzie 3-2-3) oraz rozkład drzwi w obu pojazdach. Izba w tym względnie również podzieliła stanowisko wyrażone w uzasadnieniu orzeczenia sygn. akt KIO 895/23, KIO 899/23, „dopuszczenie możliwości zaoferowania pojazdów wieloczłonowych bez określania liczby członów, jak domaga się tego odwołujący, stwarza ryzyko zarówno dla realizacji potrzeb zamawiającego, jak i dla zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Dlatego uzasadnione jest, aby zamawiający mógł określić, z ilu członów ma się składać zamawiany przez niego pojazd.”, a odnośnie liczby drzwi, w oparciu o przywołaną wyżej analizę „O ile z dowodu tego wynika, że bez względu na układ drzwi liczbowo przepływ pasażerów jest podobny, o tyle odwołujący nie uwzględnił sytuacji wyjątkowych, w których konieczna byłaby ewakuacja, a wtedy ci pasażerowie, którzy w przypadku pojazdu trzyczłonowego znajdowaliby się w środkowym jego członie, mieliby do pokonania większą odległość do najbliższych drzwi niż pasażerowie ze skrajnych członów, co mogłoby negatywnie wpływać na bezpieczeństwo. Tym samym wymóg równomiernego rozstawienia drzwi w pojeździe stanowi uzasadnioną potrzebę zamawiającego.

Wprawdzie w pkt 2 ppkt 2.9. poz. 17 pkt 4 tabeli OPZ zamawiający określił wymóg zachowania równomiernego rozstawienia drzwi na członie (a nie w pojeździe), ale nie można zapominać, że wymóg ten został określony przy założeniu, że pojazdy będą czteroczłonowe. Przy takiej liczbie członów równomierne rozstawienie drzwi w układzie 2-2-2-2 staje się naturalne w przeciwieństwie do sytuacji, gdy pojazd jest trzyczłonowy. Stąd też wymaganie z pkt 2 ppkt 2.9. poz. 17 pkt 4 tabeli OPZ należy rozumieć z uwzględnieniem podstawowego wymogu zamawiającego, tj. wymogu, aby EZT był czteroczłonowy.

Biorąc zatem pod uwagę konieczność składania przez wykonawców porównywalnych ofert, a także uzasadnione potrzeby zamawiającego w zakresie instalacji określonych urządzeń oraz równomiernego rozstawienia drzwi w celu zapewnienia bezpieczeństwa

pasażerom, Izba stwierdziła, że wymóg zaoferowania pojazdu czteroczęłowego i będący jego konsekwencją wymóg wykonania drzwi w układzie 2-2-2-2 nie narusza art. 16 i art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.” (przywołane w zacytowanym uzasadnieniu postanowienia SWZ i OPZ były analogiczne, jak w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia).

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 99 ust 1,2 i 4 w zw. z art. 16 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołania, ponieważ nie stwierdziła podnoszonych w odwołaniu naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....